

WYROK
z dnia 13 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Anna Osiecka
 Anna Packo

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SICK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz BP Techem Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENEA Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych

przy udziale wykonawcy OMC Envag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SICK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz BP Techem Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający ENEA Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostosowanie do konkluzji BAT IOS IV (Komin 6), IOS II wylot (Komin 4), Komin 5 bl. 9, Komin 5 bl. 10 i bl. 11 w zakresie monitoringu NH₃, HCL, HF i Hg w Enea Wytwarzanie sp. z o.o.” (KZP-MŚ.2103.2.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 159-365744. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego jako zamówienie sektorowe na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 22 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SICK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz BP Techem Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców, których oferta nie odpowiadała treści SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji kiedy brak było do tego przesłanek, a niedostarczenie przez Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu wynikało z nieprawidłowego wezwania przez Zamawiającego, czym naruszony został dodatkowo art. 26 ust. 2f i 3 ustawy Pzp;
2. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak niezwłocznego poinformowania Odwołującego o wykluczeniu, co uniemożliwiło Odwołującemu wcześniejsze złożenie odwołania od bezprawnej czynności Zamawiającego;
3. naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak żądania od wykonawców OMC Envag sp. z o.o. oraz Energotechnika Energorozruch S.A. przedłożenia dokumentów lub złożenia wyjaśnień i/lub oświadczeń w sytuacji, kiedy przedłożone przez tych wykonawców oferty nie spełniały wymagań określonych w SIWZ;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy OMC Envag sp. z o.o. i/lub Energotechnika Energorozruch S.A., które nie odpowiadały treści SIWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty OMC Envag sp. z o.o.;
3. dokonanie powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
4. wezwanie OMC Envag sp. z o.o. oraz pozostałych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty;
5. odrzucenie oferty OMC Envag sp. z o.o. i/lub oferty Energotechnika Energorozruch S.A. jako niezgodnych z treścią SIWZ;
6. ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania przetargowego (w szczególności: SIWZ, zapytań do SIWZ i udzielonych odpowiedzi, protokołu wizji lokalnej z dnia 13 września 2018 r., ofert złożonych przez wykonawców, pisma Zamawiającego skierowanego do Odwołującego z dnia 28 listopada 2018 r., pisma Odwołującego z dnia 29 listopada 2018 r., wniosku Odwołującego o odrzucenie ofert z dnia 9 listopada 2018 r., wezwania Zamawiającego z dnia 27 grudnia 2018 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 25 stycznia 2019 r.) oraz Certyfikatu TUV-QAL1 00000056506_01 z 4 września 2018 r wraz z tłumaczeniem na język polski str. 4.

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego i bezprawnego wykluczenia Odwołującego, oferta przez niego złożona nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia. Ponadto Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, nawet jeśli cena jego oferty przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Przekroczenie przez ofertę wykonawcy składającego odwołanie kwoty, jaką zamawiający może w danym postępowaniu przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego, nie wyczerpuje żadnej z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, których zamknięty katalog ustawodawca zawarł w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Podniósł także, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty OMC Envag sp. z o.o. i/lub Energotechnika-Enerorozruch S.A., oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą lub postępowanie przetargowe musiałoby zostać powtórzone, co umożliwiłoby Odwołującemu ponowny w nim udział.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał, iż decyzję Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp uważa za

wadliwą. W tym zakresie przywołał brzmienie pkt 9.5 SIWZ i podniósł, iż stanowi on powtórzenie uregulowań zawartych w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł, iż aktualnie na skutek nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. na etapie postępowania do wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z przetargu wystarczającym jest złożenie przez niego oświadczenia, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z zapisem pkt 9.1. SIWZ złożenie takich oświadczeń nastąpiło za pomocą Platformy Logintrade. Pismem z dnia 27 grudnia 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego brak było podstaw do wzywania go do przedłożenia dokumentów działając w oparciu o treść art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Zgodnie z interpretacją przepisów dokonaną przez Urząd Zamówień Publicznych, a opublikowaną na stronie Urzędu „Przepis art. 26 ust. 2f ustawy Pzp umożliwia wezwanie wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, ale tylko wtedy gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.” Ponadto Urząd wskazał, że: „Przepis art. 26 ust. 2f ustawy Pzp jest przepisem szczególnym, modyfikującym normę z art. 26 ust 1 ustawy Pzp. Powoływanie się przez zamawiającego na przepis art. 26 ust 2f ustawy Pzp w sytuacjach innych niż jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, celem pozyskania środków dowodowych od wszystkich wykonawców - jest działaniem niezgodnym z tym przepisem. Zauważyć należy, że wymóg wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia za pomocą stosownych środków dowodowych musi być wskazany w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert.”

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z SIWZ Zamawiający mógł wezwać do złożenia dokumentów potwierdzających brak wykluczenia wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Ponadto nie bez znaczenia jest fakt, że Zamawiający powinien uzasadnić swoje wezwanie, przy czym wskazanie podstawy prawnej wezwania nie może być potraktowane jako jego uzasadnienie. Odwołujący zauważył, że przesłanka zapewnienia odpowiedniego toku postępowania nie zachodziła w toku zaskarżonego postępowania, a Zamawiający nie umotywował wezwania w sposób umożliwiający prawidłowe do niego ustosunkowanie się.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w wyznaczonym terminie przesłał Zamawiającemu dokumenty, o których przedłożenie Zamawiający zwracał się w piśmie z dnia 27 grudnia 2018 r. Kolejnym wezwaniem z dnia 16 stycznia 2019 r. Zamawiający, powołując się na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w zakresie informacji

dotyczących Panów: K. M. A. T., C. B. i G. M. J. zgodnych z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w swoim piśmie z dnia 25 stycznia 2019 r. wskazał, że w stosunku do Odwołującego nie zachodzi przesłanka § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, na którą w wezwaniu powoływał się Zamawiający, albowiem wykonawca ma siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem Odwołującego istotnym jest, że Zamawiający ponownie w wezwaniu z dnia 16 stycznia 2019 r. naruszył obowiązujące przepisy. Zamawiający w sposób bezprawny wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów powołując się na treść zarówno art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jak i treść § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia. Zauważyć należy, w stosunku do Odwołującego nie zachodzi przesłanka, o której mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, a ewentualnie § 8 ust. 1, w którym mowa jest o wykonawcy mającym siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a którego członkowie organów zarządzających i/lub nadzorczych mają miejsce poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący miał zatem słuszną odpowiedź Zamawiającemu jak w piśmie z dnia 25 stycznia 2019 r.

Nie bez znaczenia, zdaniem Odwołującego, jest również fakt, że aby wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogło być uznane za prawidłowe, a tym samym i skuteczne, musi ono być „Jasne, precyzyjne i rzeczowe, tj. takie, które w sposób niebudzący wątpliwości, przedstawia zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie przekazanych mu dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu” (tak wyrok KIO z 27 grudnia 2017 r., KIO 2632/17). Odwołujący wskazał, że w przytoczonym wyroku Izba zauważyła, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: „służy uzupełnieniu brakujących oświadczeń i dokumentów lub usunięciu błędów wykrytych przez Zamawiającego, o których jasno winien być poinformowany wykonawca”. Zamawiający natomiast nie tylko wskazał błędną podstawę prawną wymaganych dokumentów, ale także nie poinformował odwołującego w sposób zrozumiały o motywach wezwania. Odwołujący podniósł, iż dalej w swoim wyroku KIO wskazała, że „Właściwe, jednoznaczne sprecyzowanie wezwania jest bowiem wyłącznym obowiązkiem Zamawiającego, który nie może być przeniesiony na wykonawcę i pozostawiony jego domyślności. W związku z tym brak tej cechy wezwania czyni je, w ocenie Izby, nieskutecznym. W konsekwencji nie można z takiego wezwania wywodzić negatywnych skutków dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania.”

Odwołujący podkreślił, iż na skutek odpowiedzi Odwołującego, Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do zrozumienia przez Odwołującego motywów wezwania. Tym samym Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień złożonego oświadczenia lub skierować prawidłowo umotywowane wezwanie. Po złożonej odpowiedzi

z dnia 25 stycznia 2019 r, Zamawiający nie kontaktował się już z Odwołującym, nie wzywał do przedłożenia dokumentów czy wyjaśnień, a przede wszystkim nie poinformował niezwłocznie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że decyzja o wykluczeniu została podjęta przed ogłoszeniem o terminie aukcji elektronicznej - już wówczas Zamawiający powinien był poinformować Odwołującego o decyzji, co umożliwiłoby Odwołującemu wniesienie odwołania na tę czynność Zamawiającego oraz mogłoby wstrzymać kolejny etap postępowania. Zamawiający zaniechał jednakże niezwłocznego poinformowania Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania, choć niewątpliwie decyzja ta zapadła co najmniej dwa tygodnie przed faktycznym poinformowaniem Odwołującego o dokonanym wykluczeniu wraz z decyzją o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, iż również decyzja Zamawiającego o wyborze oferty spółki OMC Envag sp. z o.o. jest wadliwa. Zwrócił uwagę na okoliczność, iż oferta ww. wykonawcy nie zawierała szczegółów technicznych miejsca montażu proponowanego rozwiązania, a tym samym długości trasy poboru próbki. Co więcej, celem udokumentowania, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie spełnia warunki techniczne, o których mowa w SIWZ, OMC Envag sp. z o.o. przedłożył certyfikat SIRA MC 170332/01, który jednakże nie potwierdza zgodności z wymaganymi konkluzją BAT normami EN 15267-1 i EN 15267-2, co powoduje, że w przypadku realizacji zamówienia przez ww. wykonawcę nie zostanie spełniony główny cel przetargu, tj. dostosowanie do konkluzji BAT. Konkluzja BAT na stronie L 212/16 i L 212/17 wymienia normy EN dla pomiarów ciągłych wszystkich parametrów: EN 15267-1, EN 15267-2, EN 15267-3 i EN 14181.

Następnie Odwołujący podniósł, iż na stronie internetowej TUV (www.QAL1.de) znaleźć można informację, że oferowane przez Wykonawcę OMC Envag sp. z o.o. rozwiązanie posiada również certyfikat QAL1 00000056506_01 z 4 września 2018 r., wydany przez TÜVRheinland. Certyfikat ten potwierdza zgodność oferowanego rozwiązania z normami, których spełnienie jest wymagane zgodnie z konkluzją BAT, jednakże analiza tego certyfikatu prowadzi do wniosku, że oferowane przez OMC Envag sp. z o.o. rozwiązanie jest niezgodne z zapisami pkt. 2.1.5., 3.1.5., 4.1.5 cz. II SIWZ, albowiem w certyfikacie QAL1 dopuszczono przewody przesyłu próbki do analizatora CMM o długościach maksymalnie 12 m, podczas gdy Zamawiający pierwotnie w SIWZ wskazuje, że powinna to być długość odpowiednio 30 m, 30 m, 50-60 m. Ponadto Odwołujący wskazał, iż podczas wizji lokalnej w dniu 18 września 2018 r., na której obecni byli przedstawiciele wykonawców oraz Zamawiającego, zostały wskazane miejsca poboru próbek oraz posadowienia kontenerów pomiarowych, z których wynikało, że długość trasy poboru próbki w trzech miejscach tj. IOS II wylot, IOS IV wylot i blok 11 w sposób znaczny przekracza długość 12 m. Odwołujący po zapoznaniu się z ofertą OMC Envag sp.

z o.o. złożył do Zamawiającego pismem z dnia 9 listopada 2018 r. wniosek o odrzucenie m.in. oferty OMC Envag sp. z o.o. jako nie spełniającej wymagań treści SIWZ. Zamawiający w żaden sposób nie ustosunkował się do przedstawionych w piśmie Odwołującego twierdzeń i zarzutów i w trakcie trwania postępowania nie wezwał OMC Envag Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, pomimo że taki obowiązek nakładają na niego przepisy ustawy.

Odwołujący podkreślił, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08). Podniósł, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zauważył, że na treść oferty składają się również dokumenty dotyczące przedmiotu zamówienia i jego wykonania. W jego ocenie niewątpliwie fakt, że w oferowanym przez OMC Envag Sp. z o.o. rozwiązaniu wiązka przewodów między sondą i szafą analizatora ma według certyfikatu długość maksymalnie 12 m, a zgodnie z zapisami SIWZ długość ta powinna wynosić co najmniej 30 m, powoduje, że tak przedstawiona oferta OMC Envag sp. o.o. nie zapewnia realizacji w całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Natomiast w sytuacji, kiedy Zamawiający dokonywałby oceny oferty OMC Envag sp. z o.o. z załączonym do oferty certyfikatem SIRA MC170332/01, musiałby stwierdzić, że oferowane rozwiązanie nie potwierdza zgodności rozwiązania z normami, o których mowa w konkluzji BAT, co również powoduje, że OMC Envag sp. z o.o. nie byłoby w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z zapisami SIWZ. W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1543/14 i wskazał, iż w celu ustalenia czy treść oferty wykonawców jest zgodna z treścią SIWZ, w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze. Ponadto celem potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający może żądać od wykonawców z powołaniem się na art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego

potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych, lub poprawionych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, żądać złożenia wyjaśnień. Instytucja wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla Zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu, gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie określonych przez Zamawiającego wymagań. Odwołujący przywołał brzmienie art. 56 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE oraz wskazał, iż w toku niniejszego postępowania Zamawiający nie dokonał sprawdzenia zgodności ofert z wymaganiami SIWZ. Co więcej, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zamierzał nawet tego zrobić, o czym może świadczyć fakt, że pismem z dnia 28 listopada 2018 r, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w jakim celu Odwołujący zamieścił w ofercie opis przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, nie bez znaczenia jest fakt, że również oferta złożona przez Wykonawcę Energotechnika-Energorozruch S.A. jest niezgodna z wymogami SIWZ albowiem oferowane przez tego Wykonawcę urządzenie SM-04 nie spełnia wymaganego czasu odpowiedzi, posiada za wysoki zakres pomiarowy oraz używa niedozwolonej metody pomiarowej. Pomimo takich niezgodności oferty z treścią SIWZ, Zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu wyjaśnienie tych wątpliwości.

W ocenie Odwołującego, wszystkie te okoliczności wskazują, że Zamawiający nie dokonał oceny przedłożonych ofert pod kątem ich zgodności z postanowieniami SIWZ. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów, zdaniem Odwołującego, odwołanie winno zostać uwzględnione. Na marginesie zauważył on, że każdy z zarzutów Odwołującego można rozpatrywać niezależnie. Uznanie bowiem przez KIO, że były podstawy do wykluczenia Odwołującego nie powoduje, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania powołując się li tylko na zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i/lub 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem w przypadku kiedy oferta OMC Envag sp. z o.o. i/lub oferta Energotechnika-Energorozruch S.A. zostałyby odrzucone, a Odwołujący byłby wykluczony, wówczas albo nie byłoby żadnego oferenta, albo pozostałby jeden oferent, co w konsekwencji skutkowałoby koniecznością powtórzenia całej procedury i umożliwiłoby Odwołującemu powtórny udział w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 28 lutego 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca OMC Envag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2019 r. przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 25 lutego 2019 r. Przystępujący wskazał stronę, do której przystępuje (Zamawiającego) i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Odwołujący i Zamawiający na posiedzeniu potwierdzili otrzymanie kopii odwołania. W konsekwencji Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez ww. wykonawcę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na nieprzesłanie Zamawiającemu kopii odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Bezsporna pomiędzy Stronami była okoliczność, iż Zamawiającemu na dedykowaną w postępowaniu skrzynkę e-mail doręczony został wyłącznie mail zawierający odwołanie, natomiast dalsze maile zawierające załączniki nie zostały Zamawiającemu doręczone z uwagi na wielkość plików. Mając na uwadze, iż przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania ma cel nie tylko informacyjny, ale także służy m.in. temu, aby mógł on podjąć decyzję co do ewentualnego uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu w całości i uniknięcia ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego, należy uznać, iż przekazanie niepełnej kopii odwołania może utrudnić, a niekiedy wręcz uniemożliwić Zamawiającemu, skorzystanie z ww. uprawnienia.

Taka sytuacja, w ocenie Izby, nie miała jednak miejsca w przedmiotowej sprawie. Zważyć należy, że załącznikami do odwołania oznaczonymi nr 1-5 były dokumenty wymienione w § 4 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1092), tj. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu oraz dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania Odwołującego, a zatem były to dokumenty irrelewantne dla dokonania przez Zamawiającego merytorycznej oceny zarzutów. Z kolei pozostałe załączniki (nr 6-15) stanowiły dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem Zamawiający już nimi dysponował. Dotyczyło to także wskazywanego przez Przystępującego certyfikatu QAL1 nr 0000056506_01 wydanego przez TÜVRheinland - dokument ten został załączony do pisma Odwołującego z dnia 9 listopada 2018 r. znajdującego się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, również był zatem w posiadaniu Zamawiającego, któremu znana była jego treść. Nie sposób w tym stanie rzeczy uznać, aby brak przesłania Zamawiającemu kopii załączników do odwołania miał przesądzać o jego odrzuceniu, zwłaszcza zważywszy, że okoliczność ta nie miała żadnego wpływu na możliwość pełnego odniesienia się przez Zamawiającego do podniesionych zarzutów, a Zamawiający nie wskazywał, aby został takiej możliwości pozbawiony.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, jak również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponowne badanie i ocena ofert mogłaby prowadzić m.in. do odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pierwotnie, co powoduje, że Odwołujący miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący niewątpliwie mógłby także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia w przypadku niesłusznego wykluczenia go z postępowania, a dodatkowo dokonania wyboru oferty wykonawcy, która podlegać powinna odrzuceniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a także uwzględniła stanowiska Stron i Uczestnika postępowania złożone ustnie

do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 8 marca 2019 roku oraz wnioskowane przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie dowody w postaci: certyfikatu TÜVRheinland nr 0000036948_04 (SM-4) wraz z tłumaczeniem, certyfikatu SIRA MC 170332/01 (CMM) wraz z tłumaczeniem, korespondencji e-mail prowadzonej przez Odwołującego z Zamawiającym dotyczącej udostępnienia dokumentacji postępowania, certyfikatu TÜVRheinland nr 0000056506_01 (CMM) wraz z tłumaczeniem, certyfikatu SIRA MC 170332/02 (CMM) wraz z tłumaczeniem, pisma TÜVRheinland z dnia 14 stycznia 2019 r. wraz z tłumaczeniem.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 1.6 oraz 4.1 Części I SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostosowanie posiadanych jednostek wytwórczych do wymagań określonych w konkluzji BAT w obszarze emisji zanieczyszczeń w gazach odlotowych. W tym celu należy doposażyć istniejące systemy monitoringu emisji spalin na emitorach K4, K5 bl. 9, K5 bl. 10, K6, IOS V Blok 11 w ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. w dodatkowe systemy pomiarowe do ciągłego pomiaru NH₃, HCL, HF i Hg. Zamówienie swoim zakresem obejmuje projekt, dostawę, montaż, uruchomienie i szkolenie pracowników. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia oraz warunki jego wykonania zostały określone w Części II i III SIWZ (pkt 4.2. Część I SIWZ).

W punkcie 7.1.1 Części I SIWZ wskazano, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 9.1. Części I SIWZ za pośrednictwem platformy Logintrade każdy wykonawca powinien dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w JEDZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W pkt 9.5.1.1 Części I SIWZ wskazano, iż Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń i dokumentów: w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia: informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 26.5 Części I SIWZ Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z pkt 21.5 i 21.7 Części I SIWZ po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli złożone będą co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający zaprosi drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie

wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Dla bloków IOS II wylot i IOS IV wylot, w zakresie dostawy i zabudowy systemu analiz Hg, w ramach wymagań dla analizatora rtęci wraz z konwerterem termicznym przekształcających wszystkie postaci rtęci w rtęć całkowitą/atomową wskazano m.in. na instalację systemu zgodną z parametrami i wymaganiami certyfikatu PN-EN 15267-3 QAL1; zakres pomiarowy 0-10/możliwość swobodnego konfigurowania zakresu pomiarowego do ok. 20µg; metoda: spektrometr pracujący w oparciu o fluorescencję atomową zimnych par, czas odpowiedzi T90<120 sek. (pkt 2.1.1 Części II SIWZ w brzmieniu zmodyfikowanym w dniu 6 września 2018 r.). W pkt 2.1.4 Części II SIWZ dla klimatyzacji wskazano m.in. wymóg: szafa pomiarowa z analizatorem i innym niezbędnym osprzętem umieszczona w klimatyzowanym kontenerze pomiarowym ze skraplaczami zabudowanymi na zewnątrz kontenera (poz. 35m). W pkt 2.1.5 Części II SIWZ, dla układu poboru próbki wskazano m.in. na wymóg; rurki wewnętrzne wymienne: długość około 30m (ostatecznie po wizji na obiekcie).

Dla komina 5 bl. 9 i komina 5 bl. 10, w zakresie dostawy i zabudowy systemu analiz Hg, w ramach wymagań dla analizatora rtęci wraz z konwerterem termicznym przekształcających wszystkie postaci rtęci w rtęć całkowitą/atomową wskazano m.in. na instalację systemu zgodną z parametrami i wymaganiami certyfikatu PN-EN 15267-3 QAL1; zakres pomiarowy 0-10/możliwość swobodnego konfigurowania zakresu pomiarowego do ok 20µg/m³; metoda: spektrometr pracujący w oparciu o fluorescencję atomową zimnych par, czas odpowiedzi T90<120 sek. (pkt 3.1.1 Części II SIWZ w brzmieniu zmodyfikowanym w dniu 6 września 2018 r.). W pkt 3.1.4 Części II SIWZ dla klimatyzacji wskazano wymóg: analizator pomiarowy wraz z innym niezbędnym osprzętem umieszczony w klimatyzowanej szafie pomiarowej ze skraplaczem zabudowanym na zewnątrz szafy (poz. 96 m). W pkt 3.1.5 Części II SIWZ, dla układu poboru próbki wskazano m.in. na wymóg; rurki wewnętrzne wymienne: długość około 30m.

Dla bloku 11, w zakresie dostawy i zabudowy systemu analiz Hg, w ramach wymagań dla analizatora rtęci wraz z konwerterem termicznym przekształcających wszystkie postaci rtęci w rtęć całkowitej/atomową wskazano m.in. na instalację systemu zgodną z parametrami i wymaganiami certyfikatu PN-EN 15267-3 QAL1; zakres pomiarowy 0-10/możliwość swobodnego konfigurowania zakresu pomiarowego do ok 20µg/m³; metoda: spektrometr pracujący w oparciu o fluorescencję atomową zimnych par, czas odpowiedzi T90<120 sek. (pkt 4.1.1 Części II SIWZ w brzmieniu zmodyfikowanym w dniu 6 września 2018 r.). W pkt 4.1.4 Części II SIWZ dla klimatyzacji wskazano wymóg: szafa pomiarowa z analizatorem i innym niezbędnym osprzętem umieszczona w klimatyzowanym kontenerze pomiarowym ze skraplaczami zabudowanymi na zewnątrz kontenera na podeście pod kanałem spalin (poz. ok 40m). W pkt 4.1.5 Części II SIWZ, dla układu poboru próbki wskazano m.in. na wymóg: rurki

wewnętrzne wymienne: długość około 50-60m.

Pismem z dnia 6 września 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 8 o treści: „Czy Zamawiający zaakceptuje z ofertą formalne potwierdzenie TÜVRheinland zgodności systemu pomiarowego z wymaganiami EN 15267-3 QAL1, będące promesą certyfikatu QAL1, pod warunkiem przedłożenia oryginału certyfikatu QAL1 przed upływem terminu realizacji pierwszego etapu Umowy?”, wskazując, iż Zamawiający zaakceptuje dostarczenie certyfikatu przed upływem terminu realizacji Umowy. Pismem z dnia 17 września 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 24 o treści: „Czy Zamawiający zaakceptuje system analizy rtęci w spalinach pracujący na zasadzie spektroskopii absorpcji atomowej zimnych par (ang. Cold Vapor Atomic Absorption Spectroscopy – CVAAS)? [...]” wskazując, iż nie akceptuje proponowanej metody pomiarowej.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: oferta Odwołującego, oferta Przystępującego oraz oferta wykonawcy Energotechnika-Energorozruch Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach. Przystępujący do oferty załączył m.in. dokument zatytułowany „Specyfikacja dostaw i usług” oferowanych w ramach postępowania, gdzie w załączniku A dotyczącym analizatorów Hg – CMM firmy Gasmét w punkcie 3 „Trasa grzana” podano informację: „długość w zależności od komina (od kroćca do szafy z analizatorem).” Ponadto do oferty dla urządzenia CMM załączono certyfikat QAL1 nr Sira MC170332/01, wydany przez SIRA, sporządzony w języku angielskim. Wykonawca Energotechnika-Energorozruch S.A. do oferty załączył m.in. certyfikat QAL1 nr 0000036948_04 wydany przez TÜVRheinland dla urządzenia SM-4, a ponadto dla innych urządzeń certyfikaty QAL1 nr Sira MC 130234/01 i Sira MC 130224/03.

Pismem z dnia 9 listopada 2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o istnieniu podstaw do odrzucenia ofert Przystępującego oraz Energotechnika-Energorozruch S.A. W zakresie oferty Przystępującego wskazano na okoliczność, iż załączony do oferty certyfikat SIRA MC170332/01 nie potwierdza zgodności z normami EN 15267-1 i EN 15267-2, na zaoferowanie przewodów przesyłu próbki do analizatora CMM o długościach przekraczających maksymalną certyfikowaną długość oraz fakt, iż z oferty nie wynika jaki typ analizatorów tlenu przewidziano do realizacji zadania. W zakresie oferty Energotechnika – Energorozruch S.A. wskazano na niezgodny z SIWZ zakres pomiarowy, na zaoferowanie przewodów przesyłu próbki do analizatora SM-4 o długościach przekraczających maksymalną certyfikowaną długość, na inną niż wymaganą w SIWZ metodę pomiarową, na okoliczność, iż załączony do oferty certyfikat SIRA MC130234/01 oraz SIRA MC170224/01 nie potwierdza zgodności z normami EN 15267-1 i EN 15267-2.

Pismem z dnia 28 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał wszystkich trzech wykonawców do wyjaśnienia, na jaką okoliczność zostały do oferty załączone dokumenty takie

jak m.in. certyfikaty i specyfikacje urządzeń i co one mają potwierdzać, wskazując jednocześnie, że nie wymagał na tym etapie ich złożenia. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący wyjaśnił, iż złożone dokumenty miały na celu ułatwienie oceny przedmiotu oferty przez Zamawiającego, Przystępujący zaś potwierdził, że te dokumenty nie były wymagane przez Zamawiającego i mają jedynie charakter poglądowy. Wykonawca Energotechnika - Energorozruch S.A. do pisma Zamawiającego się nie odniósł.

Pismem z dnia 27 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, tj. m.in. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia – informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odwołujący w dniu 14 stycznia 2019 r. złożył pismo, w którym wskazał, iż załącza m.in. informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp dla SICK Sp. z o.o. oraz BP Techem. Do pisma załączył m.in. informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Panów: K. M. A. T., C. B., G. M. J. .

Zamawiający w dniu 16 stycznia 2019 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia m.in. informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp Panów: K. M. A. T., którego miejsce zamieszkania to Waldkirch Niemcy, C. B., którego miejsce zamieszkania to Emmendingen Niemcy, G. M. J., którego miejsce zamieszkania to Freiburg Niemcy. W treści wezwania Zamawiający wskazał, iż zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia „(...) Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.” W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 25 stycznia 2019 r. wskazał, iż jego siedziba znajduje się na terytorium RP i nie posiada miejsca zamieszkania poza RP, nie zachodzi więc przesłanka § 7 ust. 1 pkt 1. Dla osób wymienionych obowiązek został wypełniony zgodnie z § 5 (zaświadczenie z KRK).

W aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 31 stycznia 2019 r. udział wzięli Przystępujący oraz wykonawca Energotechnika-Energorozruch S.A. W tym samym dniu Komisja przetargowa skierowała do Zarządu Zamawiającego wniosek, którego przedmiotem było m.in. wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz w przypadku akceptacji tej

rekomendacji wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Wniosek ten wpłynął do Biura Zarządu w dniu 8 lutego 2019 r.

W dniu 13 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania przedstawiając następujące uzasadnienie:

„Zgodnie z SIWZ Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp pismem z dnia 27 grudnia 2018 r. wezwał wykonawcę do złożenia m.in. informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. W Wyznaczonym terminie wykonawca przesłał do Zamawiającego m.in. informacje z KRK Panów: K. M. A. T., którego miejsce zamieszkania to Waldkirch Niemcy, C. B., którego miejsce zamieszkania to Emmendingen Niemcy, G. M. J., którego miejsce zamieszkania to Freiburg Niemcy – wystawione przez Polskie Ministerstwo Sprawiedliwości, Biuro Informacyjne Krajowego Rejestru Karnego. Zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp KRK Panów: K. M. A. T., którego miejsce zamieszkania to Waldkirch Niemcy, C. B., którego miejsce zamieszkania to Emmendingen Niemcy, G. M. J., którego miejsce zamieszkania to Freiburg Niemcy, powołując się na zapisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z treścią którego (§ 7 ust 1 pkt 1) „(...) Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.” W wyznaczonym terminie wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów, a jedynie oświadczył, iż „siedziba wykonawcy znajduje się na terytorium RP i wykonawca nie posiada miejsca zamieszkania poza RP.” W świetle ww. zapisu wykonawca powinien złożyć dokumenty wystawione przez organ właściwy dla miejsca zamieszkania osoby, której informacja dotyczy, a tym miejscem zgodnie z informacjami określonymi w wypełnionym zapytaniu o udzielenie informacji o osobie są Niemcy.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 2f i ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Jak stanowi art. 26 ust. 2f ustawy Pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający był uprawniony do wystosowania do wykonawców wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Jest to przepis o charakterze dyspozytywnym, którego zastosowanie jest uzależnione od oceny dokonanej przez Zamawiającego na określonym etapie postępowania. Jak wskazuje się w orzecznictwie określenie „etap postępowania” funkcjonuje w stosunku do pojęcia postępowania przetargowego i nie ma znaczenia, w jakim trybie postępowanie to będzie prowadzone - nie ma znaczenia czy będzie to tryb jednoetapowy jak np. przetarg nieograniczony czy wieloetapowy, jak np. przetarg ograniczony (por. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 44/18).

Natomiast niewątpliwie norma ta nabiera szczególnego znaczenia w postępowaniach wieloetapowych, gdzie wcześniejsza dokładna weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia dokonywana przed przystąpieniem do kolejnego „etapu postępowania,” sprzyja w rezultacie ekonomicznie całemu postępowaniu. Podobnie, w ocenie Izby, rzecz się ma w przypadku przetargu nieograniczonego, w którym przewidziano aukcję elektroniczną. W takiej sytuacji nie budzi wątpliwości Izby, iż wezwanie

przez Zamawiającego wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu przed zaproszeniem ich do aukcji elektronicznej może być uznane za działanie obiektywnie niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Zmierza ono bowiem do weryfikacji czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia aukcji elektronicznej opisane w pkt 21.5. SIWZ oraz do zapobieżenia sytuacji, w której w aukcji elektronicznej brałby udział podmiot podlegający wykluczeniu, a zatem podmiot, którego ofertę uznawano by za odrzuconą.

Izba miała także na uwadze, iż Zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, zachowując tym samym zasadę równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W konsekwencji Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 grudnia 2018 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, miał obowiązek złożyć m.in. informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów w odniesieniu do trzech osób: K. M. A. T., C. B., G. M. J. . Mieć należy na uwadze, iż ze złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z 14 stycznia 2019 r., informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących ww. osób wynikało, iż mają one miejsce zamieszkania na terytorium Niemiec.

Jak wynika z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Natomiast jak stanowi § 8 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wykonawca mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, której dotyczy dokument wskazany w § 5 pkt 1, składa dokument, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie

wydaje się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby. Przepis § 7 ust. 2 zdanie pierwsze stosuje się. W § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest zaś mowa o informacji z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, innym równoważnym dokumencie wydanym przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.

Na gruncie wyżej wskazanych przepisów, gdy wykonawca ma siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast osoby, co do których karalności wykonawca zobowiązany jest złożyć informacje z właściwego rejestru (w tym urzędujący członkowie organu zarządzającego lub nadzorczego, prokurenci), mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca co do zasady zobligowany jest złożyć zamiast dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego prowadzonego przez polskie Ministerstwo Sprawiedliwości) informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument.

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku Odwołującego - obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają siedzibę w Warszawie, natomiast członkowie organu nadzorczego jednego z konsorcjantów, tj. SICK Sp. z o.o. (M. K., B. C., K. M. oraz M. G.), mają miejsce zamieszkania w Niemczech, co powoduje, że informacje stwierdzające ich niekaralność powinny zostać wydane przez właściwy niemiecki organ, nie zaś stanowić informację z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego nie złożył wymaganych dokumentów, co powoduje, że ziszcza się podstawa do jego wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego co do nieprawidłowej treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co prawda Zamawiający w wezwaniu powołał się jedynie na § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, niemniej w ocenie składu orzekającego, z treści wezwania w sposób dostateczny i zrozumiały wynikało, iż w odniesieniu do osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej należy złożyć dokument dotyczący karalności z odpowiedniego dla miejsca zamieszkania rejestru. Zamawiający jednoznacznie wskazał,

o które osoby chodzi, gdzie mają one miejsce zamieszkania oraz przywołał brzmienie § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, który wprost odnosi się m.in. do osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Sam fakt powołania w treści wezwania niepełnej podstawy prawnej, tj. bez wskazania na § 8 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w ocenie Izby, nie czynił treści wezwania niezrozumiałą, tym bardziej, że § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia odsyła bezpośrednio do § 7 ust. 1 pkt 1, którego brzmienie Zamawiający przywołał. Wobec powyższego twierdzenia Odwołującego, iż treść wezwania z dnia 16 stycznia 2019 r. wzbudziła jego wątpliwości, Izba uznała za niewiarygodne. Niezasadne i niezrozumiałe w świetle powyżej opisanych okoliczności jest także powoływanie się przez Odwołującego na fakt niepoinformowania go przez Zamawiającego o motywach wezwania, kiedy w treści wezwania jednoznacznie wskazano, że należy uzupełnić dokumenty stwierdzające niekaralność trzech wymienionych osób, mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej polskiej.

Dodatkowo podkreślić trzeba, iż każdy wykonawca, jako profesjonalista, powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego, w którym uczestniczy i zweryfikować w sposób należyty, jakie dokumenty zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz przepisami prawa zobowiązany jest złożyć, z uwzględnieniem okoliczności faktycznych towarzyszących wykonywanej przez siebie działalności, w tym wypadku tego, że członkami organu nadzorczego jednego z konsorcjantów są osoby nie mające miejsca zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Izba podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie i doktrynie pogląd, iż kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych w ofercie należy analizować mając na względzie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego znajdujący zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. W stosunku bowiem do profesjonalistów – a za takich należy uważać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 382/17). Ta należyta staranność wymaga od wykonawcy nie tylko zapoznania się z wymaganiami wynikającymi z SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych do tejże ustawy, ale także bieżącego reagowania na czynności Zamawiającego, które w ocenie Odwołującego nie odpowiadają prawu. Tymczasem Odwołujący, mimo iż miał zastrzeżenia do treści kierowanych do niego na podstawie art. 26 ust. 2f i 3 ustawy Pzp wezwań, czemu dał wyraz m.in. w piśmie z dnia 25 stycznia 2019 r., nie wnosił w tym zakresie środków ochrony prawnej, co czyni obecnie podnoszoną przez niego w tym zakresie argumentację spóźnioną.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak niezwłocznego poinformowania Odwołującego o wykluczeniu Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z tym przepisem, w jego aktualnym brzmieniu nadanym mu nowelizacją ustawy Pzp z 2016 r., zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni. Zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania o czynnościach wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1-7, który to obowiązek występował w stanie prawnym przed nowelizacją z 2016 r. Obecna regulacja nie uniemożliwia jednak Zamawiającemu jednoczesnego poinformowania wykonawców o więcej niż jednej podjętej czynności, jeżeli miały one miejsce w zbliżonym czasowo okresie. Takie działanie niewątpliwie leży w interesie Zamawiającego i sprzyja koncentracji środków odwoławczych, nie ograniczając w żaden sposób uprawnień wykonawców.

Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „niezwłoczności,” nie wprowadzają maksymalnego terminu, w jakim powinno nastąpić zawiadomienie wykonawców o podjętej przez zamawiającego czynności. Takie brzmienie przepisu wskazuje jednak, iż stosowna informacja powinna być wystosowana bez zbędnej zwłoki, tak szybko jak jest to możliwe. Z kolei ocena tego, jak szybko możliwe jest poinformowanie wykonawców o określonej czynności zamawiającego następować powinna z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, który wskazywał na rozprawie, iż, z uwagi na obowiązujące w jego przedsiębiorstwie procedury, czynności takie jak wykluczenie wykonawcy czy wybór oferty wymagają posiedzenia zarządu. Argumentacja ta znalazła potwierdzenie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, z której wynika, iż wniosek komisji przetargowej do zarządu Zamawiającego w przedmiocie akceptacji czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty Przystępującego został wystosowany w tym samym czasie. W konsekwencji w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego omawianego przepisu. Ponadto należy podkreślić, iż takie działanie Zamawiającego w żaden sposób nie wpłynęło na sytuację wykonawców ani na ich uprawnienia do zaskarżenia czynności wykluczenia z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnoszące się do kwestii zgodności z treścią SIWZ ofert Przystępującego i wykonawcy Energotechnika-Energorozruch S.A. oraz zaniechania wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień i braku odrzucenia ich ofert, nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów

niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jak stanowi art. 26 ust 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Z kolei zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W myśl zaś art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazano, iż Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż okolicznością bezsporną w sprawie był fakt, iż Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych), nie wymagał także sprecyzowania w formularzu ofertowym informacji o oferowanych w ramach postępowania urządzeniach. Pomimo powyższego wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia do oferty załączyli dokumenty odnoszące się do oferowanych urządzeń, jak m.in. certyfikaty QAL1 czy specyfikacje techniczne urządzeń.

Izba nie uznała jednak za zasadne stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż wobec braku wynikającego z SIWZ wymogu złożenia takich dokumentów, nie podlegały one badaniu przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, co do zasady, wszelkie dokumenty złożone przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny podlegać analizie pod względem celu, w jakim zostały złożone oraz wpływu na treść wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów. Jeżeli na podstawie tych dokumentów, po ich zestawieniu z treścią oferty czy też treścią innych oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę, zaistnieją sprzeczności lub pojawią się wątpliwości co do spełnienia wymagań wynikających z SIWZ, to Zamawiający zobowiązany jest zgodnie z ustawą przeprowadzić właściwe postępowanie, czy to wyjaśniające, czy zmierzające do poprawienia omyłki, czy nawet do odrzucenia oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ

(podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2289/11).

Odwołujący upatrywał niezgodności z treścią SIWZ oferty Przystępującego w dwóch aspektach - po pierwsze w złożeniu przez tego wykonawcę certyfikatu SIRA MC170332/01 dla oferowanego analizatora rtęci, który nie potwierdzał zgodności z wymaganymi konkluzją BAT normami EN 15267-1 i EN 15267-2, a po drugie w niezgodności z postanowieniami pkt 2.1.5, 3.1.5 i 4.1.5 Części II SIWZ w zakresie długości przewodów przesyłu próbki, która zgodnie z certyfikatem QAL1 nr 00000056506_01 wydanym przez TÜVRheinland dla analizatora rtęci CMM firmy Gasmel może wynosić maksymalnie 12 m.

Odnosząc się do pierwszego z ww. aspektów Izba uznała twierdzenia Odwołującego za nieudowodnione. Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, nie wykazał, iż załączony przez Przystępującego do oferty, wydany przez SIRA, certyfikat QAL1 nr SIRA MC170332/01, nie potwierdza zgodności z normami EN 15267-1 i EN 15267-2, na które wskazywał w treści odwołania. Odwołujący swoje wnioski w tym zakresie wywodził z treści decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2017/1442 z dnia 31 lipca 2017 r. ustanawiającej konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do dużych obiektów energetycznego spalania zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE (Dz. Urz. UE L 212 z dnia 17 sierpnia 2017 r., dalej jako „Konkluzje BAT”), niemniej w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, iż wymienienie w treści konkluzji tych norm jest równoznaczne z obowiązkiem spełnienia ich przez oferowane analizatory rtęci w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Słusznie podnosił Zamawiający, iż w treści SIWZ wskazano wyłącznie na wymóg posiadania przez analizator rtęci certyfikatu QAL1 zgodnie z PN-EN 15267-3, bez odniesienia do norm EN 15267-1 i EN 15267-2, co powoduje, iż analizator rtęci posiadający certyfikat QAL1 zgodnie z EN 15267-3 spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w części II SIWZ (pkt 2.1.1, 3.1.1, 4.1.1).

Ponadto Odwołujący nie dowiódł, że wszystkie wymienione w Konkluzjach BAT normy ogólne EN muszą zostać wyszczególnione w treści certyfikatu. W ocenie Izby sam fakt niewymienienia w treści certyfikatu danej normy nie przesądza jeszcze o okoliczności, iż oferowane urządzenie tej normy nie spełnia. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, na jaką powoływał się Przystępujący, iż norma EN 15267-3 swym zakresem konsumuje normy EN 15267-1 i EN 15267-2, które także muszą zostać spełnione, aby urządzenie uzyskało certyfikat QAL1 zgodny z normą EN 15267-3. Odwołujący nie przedstawił w powyższym zakresie argumentacji, która poddawałaby w wątpliwość stanowisko Przystępującego. Ponadto Izba miała na względzie, iż Przystępujący podczas rozprawy złożył dowód w postaci certyfikatu QAL1 nr SIRA MC170332/02, który potwierdzał zgodność oferowanego urządzenia CMM ze wszystkimi powoływanymi przez Odwołującego w treści odwołania normami, co - wobec braku

kontrargumentacji ze strony Odwołującego – czyniło zarzuty odwołania w omawianym aspekcie bezzasadnymi.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także, aby oferta Przystępującego była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie długości przewodu przesyłu próbki. Za chybiony Izba uznała argument przedstawiony w odwołaniu, iż oferta Przystępującego nie zawierała szczegółów technicznych miejsca montażu proponowanego rozwiązania, a tym samym długości trasy poboru próbki, jako że brak było w treści SIWZ wymogu, który statuowałby obowiązek wykonawców do przedstawienia tego rodzaju szczegółów technicznych oferowanych urządzeń.

Izba stwierdziła także, iż złożony przez Odwołującego, celem wykazania niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, certyfikat QAL1 wydany przez TÜVRheinland, w którym określono maksymalną długość tych przewodów, nie był certyfikatem, którym posługiwał się Przystępujący w postępowaniu, przy czym podkreślić trzeba, że certyfikat załączony przez Przystępującego do oferty również został wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą (SIRA) i był certyfikatem ważnym (data jego odnowienia określona została na 2023 rok). Ponadto został on oparty na innym raporcie z badań TÜVRheinland niż certyfikat wystawiony przez TÜVRheinland (wskazane w treści certyfikatów raporty mają inny numer oraz inną datę).

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż certyfikat wystawiony przez TÜVRheinland nr 0000056506_01, na który powoływał się Odwołujący, dowodzi wyłącznie okoliczności, że w określonych uwarunkowaniach terenowych i laboratoryjnych, w których przeprowadzane były badania certyfikujące, zastosowana była określona długość przewodów przesyłu próbki (max. 12m). Natomiast, w ocenie Izby, nie jest to równoznaczne z uznaniem, że w warunkach wymaganych przez Zamawiającego (tj. przy ewentualnie większej długości przewodów przesyłu próbki) urządzenie zaoferowane przez Przystępującego nie spełniłoby wymogów certyfikacji QAL1, a w konsekwencji wymogów postawionych w SIWZ. Zwrócić należy tutaj uwagę, iż z treści certyfikatu wystawionego przez TÜVRheinland nr 0000056506_01 informacja o maksymalnej długości przewodów znajduje się we fragmencie odnoszącym się do opisu elementów składowych testowanego urządzenia. Zdaniem Izby z treści certyfikatu nie wynika w sposób jednoznaczny informacja, że zastosowanie dłuższych przewodów przesyłu próbki nie gwarantowałoby certyfikacji. Jak wynika zaś z załączonej przez Przystępującego do oferty „Specyfikacji dostaw i usług” długość przewodów ma zostać dostosowana w zależności od komina (od kroćca do szafy z analizatorem). Ponadto Przystępujący na rozprawie złożył pismo od TÜVRheinland, w którym wskazano na omyłkę w treści certyfikatu wystawionego dla urządzenia Gasmel CMM w zakresie określenia maksymalnej długości węża grzanego i wykreślenie tej informacji z następnej wersji

certyfikatu. Izba miała także na względzie, iż jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 8 oraz stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, dopuszczał on możliwość złożenia certyfikatu QAL1 do czasu upływu terminu realizacji umowy, co powoduje, że wykonawca składając ofertę nie miał jeszcze obowiązku posiadać certyfikatu.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu i nie wykazał, że nie jest możliwe dostosowanie długości przewodu przesyłu próbki do wymagań Zamawiającego w sposób zapewniający certyfikację QAL1 i zgodność z normami ani jaka jest maksymalna certyfikowana długość tego przewodu. W konsekwencji zarzuty związane z koniecznością przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty Przystępującego oraz odrzucenia oferty Przystępującego, Izba uznała za nieudowodnione.

Również zarzuty kierowane przeciwko ofercie wykonawcy Energotechnika-Energorozruch S.A. Izba uznała za niewykazane. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż uzasadnienie faktyczne zarzutów w odniesieniu do oferty ww. wykonawcy było bardzo lakoniczne i ograniczało się do jednego zdania, iż oferowane przez tego wykonawcę urządzenie SM-04 nie spełnia wymaganego czasu odpowiedzi, posiada za wysoki zakres pomiarowy oraz używa niedozwolonej metody pomiarowej. Odwołujący, poza hasłowym powołaniem się na trzy aspekty, w których upatruje niezgodności oferty Energotechnika-Energorozruch S.A. z treścią SIWZ, nie przedstawił jakiegokolwiek dalszej argumentacji potwierdzającej podniesione zarzuty, w tym nie wyjaśnił, z którymi konkretnie postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta ww. wykonawcy jest niezgodna i dlaczego niezgodność ta zachodzi, nie powołał się także na żadne konkretne oświadczenia czy dokumenty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Energotechnika-Energorozruch S.A., które potwierdzałyby tę niezgodność.

W tym miejscu Izba podkreśla, iż podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. Jak wskazuje się w orzecznictwie, norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle

przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18).

Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, wnosząc odwołanie jest zobowiązany do przedstawienia i wykazania okoliczności sprawy w sposób, który przekona Krajową Izbę Odwoławczą o słuszności jego twierdzeń, a zaniechania w tym zakresie skutkować będą co do zasady oddaleniem odwołania. Nie jest rolą Izby poszukiwanie samodzielnie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jakie konkretnie parametry techniczne urządzenia oferowanego przez konkurenta kwestionuje Odwołujący i gdzie znajdują się w treści SIWZ postanowienia regulujące wymagania w zakresie tych parametrów. Takie działanie naruszałoby przepisy ustawy Pzp, w tym zasadę równości stron w postępowaniu odwoławczym i kontrydiktoryjności.

Zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty konkurenta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (czy też zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty) Odwołujący winien był wskazać, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ. Odwołujący obowiązkowi temu nie zadośćuczynił, nie wskazując w odwołaniu w sposób dostatecznie precyzyjny na czym polega niezgodność oferty wykonawcy Energotechnika-Energorozruch S.A. z treścią SIWZ. Również składając na rozprawie dowód w postaci certyfikatu TÜVRheinland nr 0000036948_04 dla urządzenia SM-4, Odwołujący nie wyjaśnił nawet, które informacje wskazane w treści certyfikatu potwierdzać mają jego twierdzenia o niezgodności oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ i w jakim aspekcie.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

.....